



**DIRECCIÓN NACIONAL
DE DERECHO DE AUTOR**

Unidad Administrativa Especial
Ministerio del Interior

**Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 16 de diciembre de 2021**

Rad: 1-2020-16002
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Peter John Liévano Amézquita
Demandado: OMNICON S.A.

Por medio de la presente providencia procede el Despacho a dictar sentencia en el proceso de la referencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 373 del Código General del Proceso (en adelante CGP).

ANTECEDENTES

1. El 18 de febrero de 2020, el señor Peter John Liévano Amézquita, por intermedio de apoderado, presentó demanda contra la sociedad OMNICON S.A., identificada con el NIT 800.153.961-1.
2. Mediante el Auto 2 del 16 de marzo de 2020, notificado el 17 de marzo siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda referida.
3. El 23 de julio de 2020 la sociedad OMNICON S.A. contestó la demanda y presentó excepciones de fondo.
4. Una vez finalizada la etapa escrita, el 21 de octubre de 2021 se llevó a cabo la audiencia inicial. Posteriormente, el 2 de diciembre de 2021 se realizó de manera virtual la audiencia de instrucción y juzgamiento y en ella se indicó que el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentar fallas que no son de control del Despacho, por ello, con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, esta se emitiría escrita, pues las posibles fallas en la conexión a internet podrían obstaculizar el derecho de contradicción y defensa de las partes.

CONSIDERACIONES

En la fijación del litigio se tuvo por cierto que la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”, se publicó en la página web de la sociedad OMNICON S.A www.omnicon.cc. Asimismo, que una vez el señor Peter John Liévano Amézquita se contactó con la demandada esta procedió a retirarla de su sitio web.

Teniendo en cuanto lo anterior, procederá este Despacho a resolver i) si la publicación realizada en la página web de la demandada constituye una infracción a los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública, transformación y al derecho moral de paternidad del accionante; ii) si se observan los supuestos de la responsabilidad civil extracontractual de la demandada y si da lugar a la consecuente obligación de reparar; y iii) si la publicación en internet de la obra sin la utilización de medidas de protección pueden excluir de responsabilidad al demandado en el presente caso.

1. Sobre el objeto de protección

De acuerdo con el literal i) del artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, dentro de las creaciones protegidas se encuentran “*las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía*”. Asimismo, el artículo 2 de la Ley 23 de 1982 señala que una de las categorías de obras protegidas son las denominadas artísticas y dentro de estas se encuentran las fotografías, tal como se observa en su listado no taxativo.

En relación con la obra fotográfica es pertinente indicar que el Glosario de la OMPI la define como una imagen de objetos de la realidad, producida sobre una superficie sensible a la luz u otra radiación. En ese sentido, la doctrina ha referido que el fotógrafo compone la imagen al seleccionar el material que va a utilizar, elegir un ángulo preciso, medir la luz, encuadrar y disparar la cámara.¹

En cuanto a las condiciones legales para su protección el artículo 89 de la Ley 23 de 1982, cuando señala las prerrogativas que tienen los autores de obras fotográficas para el ejercicio de ciertos derechos, da a entender que la protección de este tipo de obras está atada a que tenga mérito artístico. Sin embargo, esta disposición se contrapone a lo previsto en el artículo 1 de la Decisión Andina 351 de 1993, al establecer que la protección es otorgada a los titulares de las obras “(...) *sin importar el mérito literario o artístico*”. Ante esta contradicción, dados los principios de prevalencia y preeminencia que tiene el derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico nacional, debe entonces aplicarse la norma andina. Acorde con esto, las obras fotográficas son protegidas cuando han sido creadas por una persona física, son originales y susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma, sin atender a si tienen mérito artístico o no.

En el presente caso, se encuentra acreditada la existencia de la fotografía titulada “Fotografía Panorámica de Bogotá”, en razón a que fue aportada y reposa en el folio 27 del documento denominado “Anexo No.2” del cuaderno 1. Así mismo, junto con la demanda fue aportado su registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor. En este, se inscribió como año de creación el 2009 y en su descripción se anotó: “**FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ TOMADA DESDE LA TORRE COLPATRIA**”²

De igual manera, de acuerdo con lo prescrito en el párrafo del artículo 10 de la Ley 23 de 1982, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1915 de 2018, salvo prueba en contrario se presumirá que la obra se encuentra protegida, presunción que de cara a este litigio no fue derribada por el demandado.

2. Legitimación

Sea lo primero señalar que a la luz del artículo 4 de la Ley 23 de 1982 se consideran titulares de derechos i) al autor de la obra, ii) el artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución, iii) al productor, sobre su fonograma; iv) al organismo de radiodifusión sobre su emisión; v) los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares que fueron citados; y vi) a la persona natural o jurídica que, en virtud de contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20 ejusdem.

De acuerdo con la disposición normativa referida, pueden identificarse dos tipos de titulares: originarios y derivados. Dentro de los primeros se encuentra el autor entendido como la “*persona física que realiza la creación intelectual*”, al tenor del artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993. Por esto, desde el momento de la creación el autor se convierte en el titular de dos clases de derechos denominados morales y patrimoniales. Los primeros buscan garantizar el vínculo entre el autor y su obra, se caracterizan por ser inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables. Los segundos, “*protegen la explotación económica a la cual tiene derecho el autor, en relación con sus obras*”³. Estos se caracterizan por ser transferibles, renunciables, embargables y temporales.

Frente a los titulares derivados, de acuerdo con el artículo 9° de la Decisión Andina 351 de 1993 en concordancia con el artículo 4 de la Ley 23 de 1982, una persona natural o jurídica, diferente del autor, puede ser titular de los derechos patrimoniales sobre una obra en virtud de un contrato, de la ley o por causa de muerte.

¹ LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Edit. UNESCO, CERLALC Y ZAVALIA. Buenos Aires; 1993, pág. 84.

² (Folio 27 del cuaderno 1, archivo denominado “Anexo No. 1”)

³ Interpretación prejudicial Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 117-IP-2020 del 7 de octubre de 2020.

Ahora bien, para acreditar la titularidad el artículo 10 de la Ley 23 de 1982⁴ contempla que, salvo prueba en contrario, se tendrá por titular originario de una creación del ingenio a la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales o cualquier otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, aparezcan impresos en dicha obra. Para esto, quien pretenda ampararse bajo esta presunción al interior de un proceso judicial, deberá acreditar un soporte de la obra en la que puedan apreciarse los elementos descritos.

Otra forma es presentando el certificado de registro de la obra ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en el que se aprecie que quien figura registrado como titular es quien reclama los derechos en el escenario judicial. Frente a esta forma de acreditación es menester recordar que el registro no es constitutivo del derecho sino declarativo, presumiéndose ciertos los hechos y actos que en este consten, salvo prueba en contrario, tal como lo establece el artículo 53 de la Decisión Andina 351 de 1993.

Descendiendo al caso en concreto, se observa que en la fijación de litigio se tuvo como cierto que Peter John Liévano Amézquita era el autor y titular de los derechos patrimoniales de la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”⁵. Situación que además fue acreditada por el demandante, a través de la copia del certificado de registro de la obra, documento que no fue controvertido por el accionado de conformidad con los artículos 244 y 246 del CGP. En el referido documento, se consignó que el aquí demandante es el autor de la fotografía denominada “Fotografía Panorámica de Bogotá”. Igualmente, no se aportó al expediente prueba tendiente a demostrar que los derechos patrimoniales del accionante hubieran sido transferidos por imperio de la ley o a través de un contrato.

Por lo anterior, se concluye que el accionante al ser el autor y titular de los derechos patrimoniales de la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”, se encuentra legitimado en este proceso para reclamar lo pretendido con su demanda.

3. Sobre la infracción alegada

En tanto que el accionante refiere que le fueron vulnerados los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública y transformación y el derecho moral de paternidad, continuaremos con el estudio de cada uno de estos derechos.

3.1. Sobre la infracción al derecho patrimonial

En relación con los derechos patrimoniales, es posible afirmar que estamos ante una infracción cuando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular (originario o derivado), respecto de una obra, sin la correspondiente autorización previa y expresa, o en su defecto, sin estar amparado en alguna de las limitaciones y excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.

3.1.1. Del derecho de reproducción

El artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993, dispone que *“El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;”* y, a su vez el artículo 14 establece que se entiende por reproducción *“(...) la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”*. Denotando con esto que, la reproducción de la obra abarca el ámbito digital.⁶

⁴ Artículo 10 de la Ley 23 de 1982 modificado por la Ley 1915 de 2018 *“Se tendrá como autor de una obra, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, o cualquier otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, aparezcan impresos en dicha obra o en sus reproducciones, o se enuncien en la declamación, ejecución, representación, o cualquiera otra forma de difusión pública de dicha obra. Parágrafo. En todo proceso relativo al derecho de autor, y ante cualquier jurisdicción nacional se presumirá, salvo prueba en contrario, que la persona bajo cuyo nombre, seudónimo o su equivalente se haya divulgado la obra, será el titular de los derechos de autor. También se presumirá, salvo prueba en contrario, que la obra se encuentra protegida.”*

⁵ (minuto 00:4:43 de la “Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 4”, dentro de la carpeta identificada como “Cuaderno 2 folio 148”, del Cuaderno 2)

⁶ Así lo reconoce el artículo 12 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 3 de la Ley 1915 de 2018.

En el caso en juicio, el demandante en el hecho sexto expresó que en la página web del accionado www.omnicon.cc, se encontraba publicada su obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”, sin su autorización.

Respecto del hecho referido, tal y como quedó planteado en la fijación del litigio, este se tuvo por confeso a través de su apoderado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193 del CGP. En el escrito de contestación de la demanda, frente a la afirmación del accionante de haber requerido a la parte pasiva de la litis por la publicación no autorizada de su obra, se expresó que *“al día siguiente se procedió a retirar la imagen”*. Y agregó que *“según las fechas de publicación y de allanamiento al requerimiento, en el mejor de los casos la fotografía fue usada involuntariamente, si acaso 72 horas”*. (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, durante el interrogatorio de parte, el representante legal de la sociedad demandada, el señor José Fernando Rodríguez Ocampo, cuando se le preguntó acerca de si sabía por qué había sido llamado al litigio manifestó lo siguiente: *“Sí, el día 22 de febrero del 2019 llegó un comunicado de una firma de abogados haciendo alusión a que en la página web de la compañía aparecía una imagen del señor Peter Liévano, entonces a raíz de eso iniciamos un proceso, con esa comunicación revisamos y retiramos la fotografía que mencionaban en dicho comunicado”*⁷.

Igualmente, refirió que *“las imágenes como lo mencioné se adquirieron en su mayoría, o bueno todas a excepción de esa por el stock de imágenes. Ya a raíz de esta situación nos dimos cuenta de que esta imagen en particular la encontró buscando en Google, buscando una imagen que necesitaba para complementar la presentación de la compañía y como era una imagen que no tenía mayor identificación y estaba dentro de muchas imágenes similares pues desafortunadamente la utilizó”*⁸. Reproducción que se puede apreciar en los pantallazos de la página web www.omnicon.cc en su sección “Historia”⁹.

Las anteriores confesiones de la parte demandada, de haber utilizado en su página web la obra objeto de litigio, permiten concluir que OMNICON S.A., efectuó la reproducción de la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá” a través del almacenamiento en forma digital, sin autorización previa y expresa del señor Peter John Liévano Amézquita.

3.1.2. Sobre el derecho de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición.

En relación con el derecho patrimonial de comunicación pública, la Ley 23 de 1982 y en especial la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 15, establecen que este derecho consiste en todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo sitio pueden tener acceso a la obra, sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Cabe destacar que esta disposición normativa también enuncia distintas modalidades de la comunicación pública.

En concordancia con el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996¹⁰, la Ley 1915 de 2018, consagró de manera expresa la puesta a disposición como modalidad de comunicación pública, al señalar en el literal *b)* del artículo 3 que el autor o sus derechohabientes tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir *“la comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”* (Subrayado fuera de texto). Por lo tanto, dar acceso a una obra a través de una página web comporta un acto de comunicación al público en la modalidad de puesta a disposición. Para esta modalidad de explotación no importa si se

⁷(minuto 00:50:43 de la “Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 3”, dentro de la carpeta identificada como “Cuaderno 2 folio 148”, del Cuaderno 2)

⁸ (minuto 01:06:00 de la “Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 3”, dentro de la carpeta identificada como “Cuaderno 2 folio 148”, del Cuaderno 2)

⁹ (documento denominado “Anexo No. 6”, dentro de la carpeta denominada “Cuaderno 1 Folio 27”, del cuaderno 1)

¹⁰ Tratado aprobado mediante la Ley 565 del 2 de febrero de 2000

prueba o no que efectivamente un grupo de personas logró disfrutar de la obra, precisamente porque basta que el público “*pueda*” tener acceso a la obra, aunque el público no acceda efectivamente a ella.¹¹

Frente al caso sub judice, se acreditó que la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá” fue reproducida en la página web de la sociedad OMNICON S.A., en la sección denominada “*Historia*”. En esta, se publica información relacionada con la historia de la compañía. Igualmente, durante el interrogatorio de parte realizado al representante legal de la demandada, a la pregunta sobre el propósito de la página web de OMNICON S.A. este manifestó: “*la página tiene propósito informativo, digamos que en el caso de nosotros pues era mostrar la existencia de la compañía, porque nuestro negocio es muy especializado, la verdad es que requiere una interacción ya con los clientes, ya una gestión comercial directa pues al ser proyectos de ingeniería digamos muy específicos. Pero pues digamos hoy en día es mandatorio que todas las compañías tengan como un sitio web donde aparezca la información general de la compañía*”.¹² Asimismo, señaló “*(...) como les digo, nosotros no hacemos negocios por internet, es la verdad, nuestro negocio no tiene esa connotación; pero pues si es mandatorio tener una página web pues digamos actualizada o atractiva con temas de la compañía para que sirva de referencia cuando lo buscan a uno como empresa (...)*”¹³

Frente a estas declaraciones, es necesario dilucidar que la página web es un medio comúnmente utilizado en el tráfico digital para ofrecer productos y servicios al público. El artículo 515 del Código de Comercio define al establecimiento de comercio como un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. En ese sentido, bien puede concluirse que una página web hace parte de ese conjunto de bienes de propiedad de una sociedad.¹⁴ Luego, a efectos de la comunicación pública, no importa si la página web¹⁵ en la que se pone a disposición la obra protegida se utiliza con fines lucrativos o no.

De conformidad con lo anterior, se concluye que al estar publicada en la página web de OMNICON S.A., la fotografía objeto del litigio, era posible que los usuarios del sitio web tuvieran acceso a la obra en cualquier momento y lugar. Materializándose de esta manera la puesta a disposición en la página de internet www.omnicon.cc de la obra denominada “Fotografía Panorámica de Bogotá”, sin contar con la respectiva autorización previa y expresa del demandante.

3.1.3. Sobre la duración de la publicación en el sitio web de OMNICON S.A.

Se observa que dentro de las excepciones de mérito formuladas por la accionada, en especial la primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, alegó que la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá” fue “*usada, si acaso 72 horas*”, dado que luego del requerimiento¹⁶ realizado por el demandante a través de apoderado, a la sociedad OMNICON S.A., el 22 de febrero de 2019, fue retirada la imagen. Razón por la que al usarse la obra en un espacio tan corto de tiempo no se configuraría la infracción a los derechos del demandante.

Al respecto, es necesario precisar que la Decisión Andina 351 en su artículo 13 y la Ley 23 de 1982 en su artículo 12, confieren al autor derechos exclusivos de autorizar y

¹¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Editorial Temis 2009, página 619.

¹² (minuto 00:52:00 de la “*Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 3*”, dentro de la carpeta identificada “*Cuaderno 2 folio 148*”, del Cuaderno 2)

¹³ (minuto 00:55:48 de la “*Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 3*”, dentro de la carpeta identificada “*Cuaderno 2 folio 148*”, del Cuaderno 2)

¹⁴ Si bien la norma describe unos bienes que conforman ese patrimonio, la Corte Suprema de Justicia Sala Civil. Sentencia de Casación del 18 de diciembre de 2009. Ref. 41001310300419960961601. M.P. Arturo Solarte Rodríguez, ha señalado que este es un listado meramente enunciativo y que dentro de este se incluyen todos los bienes que el empresario haya destinado para desarrollar su actividad comercial.

¹⁵ De acuerdo con el Tribunal Andino de Justicia la dirección de un sitio de internet escrita a través de letras, palabras, números, etc., es identificado como el nombre de dominio, cuyo objetivo es localizar con facilidad una página web en la red, permitiendo identificar a su titular o administrador. Y señaló “En la práctica los nombres de dominio establecen una vinculación entre el internet y un sujeto, así como entre este sujeto y la actividad económica o empresarial a que se refiere el contenido del internet en cuestión y a su vez entre este sujeto y el internet como lugar de contratación de las prestaciones allí ofrecidas.”. Estos conceptos permiten entender entonces que un sitio web o de internet hace parte del conjunto de bienes del comerciante utilizados para ejecutar su actividad económica y su uso tiene destinación principalmente comercial, atraer el público en beneficio del negocio ofrecido.

¹⁶ Documento denominado “*Cuaderno 1 folio 79 a 124 1-2020-83981*”, del cuaderno 1)

prohibir la reproducción, la comunicación pública, la distribución de su obra, entre otros derechos. Sin embargo, dichas disposiciones no determinan un tiempo de uso de la obra sin autorización para considerar la existencia o no de la infracción de los derechos del titular. Es decir, que por el solo hecho de arrogarse el ejercicio de esos derechos exclusivos, sin autorización previa y expresa o sin estar amparado en una limitación o excepción contemplada en la ley, se configura la infracción, sin atender al tiempo en el cual se utilizó la obra.

En todo caso, contrario a lo alegado por la demandada y lo sostenido por su apoderado en sus alegatos, obra en el expediente prueba documental en la que se aprecia una imagen tomada de la dirección <http://www.omnicon.cc/imagenes/2000.jpg>, en donde se observa la información relacionada con la obra fotográfica objeto del litigio, en la que se indica como título “2000.jpg (Imagen JPEG, 185 x 185 píxeles)” y tiene como fecha de modificación el “4 de mayo de 2015, 6:44:20 p.m.COT”¹⁷, documento que no fue discutido en los términos de los artículos 244 y 246 del CGP.

Asimismo, durante el interrogatorio de parte realizado al representante legal de la sociedad demandada a la pregunta “*Cuando usted mencionó que en su momento habían contratado a alguien ¿a qué hacía referencia? o ¿a qué momento hacía referencia?*”, este respondió: “*para la elaboración de la página web inicial en el año 2015, una persona hizo el trabajo de la página web y la dejó montada desde esa época*”;¹⁸ y cuando el apoderado de la demandante le preguntó desde cuándo la sociedad accionada tenía su página web, aquel manifestó “*la página web de esa época está precisamente desde mediados del año 2015 que se hizo la actualización de la página web (...)*”,¹⁹ lo cual resulta concordante con la información que reposa dentro de la imagen ya referida²⁰ y que evidenciaría que la obra se encontraba cargada en la página de OMNICON S.A., desde el año 2015.

Así las cosas, pese a que se probó que la publicación de la obra del demandante en la página web de la sociedad OMNICON S.A., estuvo disponible por alrededor de 4 años, en dado caso que se atendiera el argumento del accionado de que fueron tan solo 72 horas, igualmente se hubiera configurado la infracción porque esta no se encuentra atada a al tiempo de uso de la obra. Lo que implica que esta manifestación efectuada por el accionado para justificar su conducta no tenga ninguna vocación de prosperar.

3.1.4. De falta de medidas de protección de la imagen en internet

Dentro de las excepciones de mérito “*primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima*” la demandada argumentó que la obra fotográfica denominada “Fotografía Panorámica de Bogotá” que se encontraba publicada en un buscador de internet, no tenía ningún tipo de protección o marca de agua que advirtiera que era una obra protegida por el derecho de autor, situación por la cual justificó su uso.

Frente a estos argumentos, debe señalarse que durante el interrogatorio de parte se le preguntó al accionante sobre las condiciones en las cuales exhibía su trabajo en la web, a lo que contestó “*Sí Doctora, en mi sitio web que es peterlievano.com muestro mi trabajo, hay galerías de fotografías y en cada una de las fotografías y al inicio de la página dice que todos los derechos de la fotografía son míos y que quien quiera utilizarla debe pedir autorización, entonces esa es la forma en la que yo muestro mis fotografías en mi sitio web. Existe otra comunidad adicional que es flickr, que es una comunidad de fotógrafos y gente aficionada a la fotografía, en mi caso viene por suscripción o no suscripción, esta le da unas ventajas o unas garantías de las mismas y ahí también muestro mi trabajo. Todas las fotografías tanto en mi sitio web, muestra todos los mensajes de que todos los derechos son reservados y que no pueden ser utilizados sin autorización. En flickr tiene doble mensaje, uno que es el propio de la herramienta de flickr que le permite otorgar licencias según el criterio del fotógrafo y que dice que todos*

¹⁷ (documento denominado “Anexo No. 6”, página 3, dentro de la carpeta denominada “Cuaderno 1 Folio 27”, del cuaderno1)

¹⁸ (minuto 00:53:47 de la “Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 3”, dentro de la carpeta identificada como “Cuaderno 2”, del Cuaderno 2)

¹⁹ (minuto 00:58:47 de la “Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 3”, dentro de la carpeta identificada como “Cuaderno 2”, del Cuaderno 2)

²⁰ (documento denominado “Anexo No. 6”, página 3, dentro de la carpeta denominada “Cuaderno 1 Folio 27”, del cuaderno1)

*los derechos están reservados, y tiene otra como aparte adicional en cada una de las fotografías, en el que dice que todos los derechos están reservados y que no pueden ser utilizados sin autorización (...)*²¹

Frente a lo anterior, es necesario recordar que, según lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 23 de 1982, las obras son protegidas por el derecho de autor desde el momento de su creación y no están sujetas a ninguna otra formalidad o requisito adicional.

En cuanto a las medidas de protección, de acuerdo con el artículo 11²² del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, corresponde a las partes contratantes otorgar protección jurídica contra los actos de elusión de las medidas tecnológicas efectivas utilizadas por los autores para el ejercicio de sus derechos. De esta disposición se infiere que el autor no está obligado a utilizar una medida tecnológica en sus obras, pero si llegara a utilizarla, el Estado debe proveer recursos jurídicos contra las acciones que la eviten. Por esta razón, si la imagen no tiene marca de agua como en el caso concreto, esto resulta irrelevante para gozar de la protección de parte del derecho de autor.

Así mismo, es necesario señalar que por regla general las obras protegidas por el derecho de autor requieren de autorización previa y expresa por el autor o titular para su explotación. En este sentido, si una obra fotográfica se encuentra publicada en internet, por este solo hecho no da entender que su uso es libre o que se encuentre en dominio público,²³ como erradamente lo afirma la demandada en su defensa, pues para que esto ocurra, se requiere que el plazo de protección haya fenecido para su titular, situación que no ha acaecido para el demandante.

Cabe anotar que, los derechos que tiene el autor conllevan el deber correlativo de quien pretenda utilizar la obra de obtener la respectiva licencia, salvo que el uso se encuentre amparado por alguna limitación o excepción taxativamente señalada por la ley. Por lo que el accionado no puede justificar su conducta arguyendo que la obra debería tener algún tipo de protección adicional para encontrarse publicada en internet.

Para finalizar, es preciso señalar que, si bien el demandado refirió dentro su excepción de mérito octava que en la presente causa se configuraba un abuso del derecho, lo cierto es que no aportó pruebas más allá de sus propios dichos, que permitieran efectuar un análisis al respecto.

3.1.5. Sobre la infracción al derecho patrimonial de transformación

En el hecho séptimo de la demanda el accionante relató que había sido infringido su derecho patrimonial de transformación, en tanto que la fotografía objeto del litigio fue modificada o alterada por la sociedad OMNICON S.A.

Al respecto debe señalarse que el derecho de transformación se encuentra consagrado en la norma comunitaria que regula la materia, específicamente en el literal e) del artículo 13, como la facultad del autor o sus derechohabientes para realizar, autorizar o prohibir *“La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”*. De igual forma, la Ley 23 de 1982 consagra en el literal f) del artículo 12, la prerrogativa del creador o sus titulares derivados para autorizar o prohibir, entre otros, *“La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”*.

Cuando hablamos de este derecho en general, entendemos que consiste en la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de aquella.²⁴ Respecto a este punto, esta Subdirección también se pronunció en anteriores

²¹ (minuto 00:43:45 de la *“Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 3”*, dentro de la carpeta identificada como *“Cuaderno 2”*, del Cuaderno 2)

²² Artículo 11. Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas. Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.

²³ El artículo 21 de la Ley 23 de 1982 refiere al plazo de duración de la protección de los derechos patrimoniales, siendo este la vida del autor *“y después de su fallecimiento disfrutarán de ellos quienes legítimamente los hayan adquirido, por el término de ochenta años más.”*

²⁴ Lipszyc, Delia Op. Cit, Pág. 211.

oportunidades, puntualmente en el Proceso 1-2014-19991 afirmando que *“los creadores, con su actividad intelectual hacen que su expresión se distinga de otras que son similares gracias a la individualidad que este le imprime. Sin embargo, en algunas ocasiones el autor usa como materia prima para su creación, una obra ya existente, por esto debemos distinguir entre las llamadas obras «originarias» y las «derivadas». Tratándose de la primera categoría mencionada, el artículo 8º de la Ley 23 de 1982 la define como «aquella que es primitivamente creada»; por otra parte, la obra «derivada» es «aquella que resulte de la adaptación, traducción, u otra transformación de una originaria, siempre que constituya una creación autónoma».*”

Es decir, como producto del ejercicio de transformación, habremos de encontrarnos frente a una nueva creación bien sea una versión de una obra en otro idioma, una alteración de la composición de esta, el cambio de un género a otro, etc., que deriva su existencia de una creación originaria, que a su vez tiene protección independiente en cuanto existan aportes creativos y el autor le imprima su huella a la nueva obra.

En el caso en estudio, se observa en las capturas de pantalla de la página de la sociedad OMNICON S.A.²⁵ que la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá” se encuentra dentro de un contorno circular, lo cual, en criterio de este juzgador, hace que la pieza en su conjunto carezca de originalidad. Por lo tanto, no se puede calificar el resultado mencionado como una obra que se derive de la del demandante. Por esta razón no se puede calificar que hubo una transformación o adaptación de la obra fotográfica del actor.

Ahora bien, ya que en el presente caso no se alegó la violación del derecho moral de integridad, en virtud del principio de congruencia, este despacho se abstendrá de pronunciarse sobre esa facultad.

3.2. Sobre la infracción al derecho moral de paternidad

Respecto al derecho moral de paternidad, la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 11, literal b), dispone que el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de *“reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento”*. De igual forma, el artículo 30, literal a) de la Ley 23 de 1982 dispone que el autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para *“Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley;”*. La doctrina también ha señalado que es aquel derecho que protege el vínculo que une al autor con su creación, es *“(…) el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra.”*²⁶.

Descendiendo al caso en particular, la parte actora relató en la demanda que la accionada al publicar en su página web la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”, omitió la obligatoria mención de su nombre como autor y en tal sentido le infringió el derecho moral de paternidad. Con el fin de sustentar su afirmación, aportó tres capturas de pantalla tomadas de la página web de OMNICON S.A.,²⁷ donde es posible visualizar que no se hizo ninguna mención al autor de la obra fotográfica objeto de litigio. Al respecto, la demandada arguyó que la obra no contenía el nombre del autor.

Dado que la mención del autor junto a su obra garantiza el vínculo amparado por el derecho de autor, le correspondía a la accionada determinar el origen de la fotografía. Así pues, que al no verificar la autoría de la obra utilizada, esto trajo como consecuencia el incumplimiento de la obligación de reconocer la calidad de autor que ostenta el señor Peter John Liévano Amézquita de la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá” al usarla su página web www.omnicon.cc, configurándose así la infracción a su derecho moral de paternidad.

4. Sobre la responsabilidad Civil

²⁵ (documento denominado “Anexo No. 6”, dentro de la carpeta denominada “Cuaderno 1 Folio 27”, del cuaderno 1)

²⁶Op Cit. Pág. 165.

²⁷(documento denominado “Anexo No. 6”, dentro de la carpeta denominada “Cuaderno 1 Folio 27”, del cuaderno 1)

Una vez establecidos los derechos de autor infringidos por la demandada, se procederá a hacer el análisis relativo a la responsabilidad civil, con el objetivo de establecer si tiene la obligación de indemnizar los daños reclamados por el demandante.

La noción de responsabilidad civil en general se deriva del principio que señala que toda persona es responsable cuando en razón de haber sido la causa del daño que otra sufre, está obligada a repararlo.

Ahora bien, a pesar de que toda responsabilidad civil parte de la noción antes mencionada, de tiempo atrás se ha diferenciado principalmente entre la responsabilidad civil extracontractual y la contractual, cuya distinción radica en el tipo de derecho que es vulnerado. La lesión causada a un derecho subjetivo absoluto da lugar a la responsabilidad extracontractual, de acuerdo con los artículos 2341 a 2360 del Código Civil, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de los contratos, a la responsabilidad contractual.

Es pertinente señalar que el fundamento de la responsabilidad puede ser subjetivo, caso en el cual no todo daño causado a otro hace responsable a su autor, ya que tiene un papel determinante el elemento subjetivo o interno del sujeto, es decir, se exige que el autor del daño haya obrado culposamente, de tal manera que los daños causados sin dolo o culpa no son objeto de reparación.

4.1 Análisis de la configuración de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual

Teniendo claro lo anterior, podemos señalar los cuatro elementos que se deben dar para que exista responsabilidad civil subjetiva: a) una conducta que sea la causa del daño; b) que la conducta haya sido dolosa o culposa; c) un daño o perjuicio; d) que entre el daño y la conducta exista un nexo causal²⁸. Si bien el Código Civil no menciona de manera expresa la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta, consagrando así la responsabilidad por culpa *aquiliana* para las personas morales²⁹.

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente en torno a la responsabilidad civil de las personas jurídicas, se analizará en el presente caso si la sociedad OMNICON S.A., está obligada o no a reparar el daño causado al señor Peter John Liévano Amézquita. Para tal fin, se tendrá que verificar si se configuran los ya mencionados elementos de la responsabilidad civil subjetiva.

4.1.1. Daño

De antaño se ha señalado que el daño es la lesión o menoscabo de algún interés legítimamente protegido o de alguno de los derechos subjetivos de las personas.³⁰ En cuanto a la tipología del daño, podemos afirmar que este es material cuando nos encontramos ante la destrucción o menoscabo de alguno de los derechos patrimoniales de una persona, ya sea en forma directa o indirecta, e inmaterial o moral, cuando se produce una lesión o afectación de orden interno a los sentimientos o al honor de las personas.³¹

Sobre el particular, la interpretación prejudicial 109-IP-2020 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado, (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afeción a aquella persona que la produjo. *“En esa línea se ha pronunciado la doctrina*

²⁸ Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Tomo III. Bogotá D.C.: Temis. 2010 pág. 182.

²⁹ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil del 28 de octubre de 1975, Magistrado Ponente: Humberto Murcia Ballen.

³⁰ GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando. Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, Derecho Civil. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2009, Pág. 13.

³¹ VALENCIA ZEA, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Tomo III. Bogotá D.C.: Temis. 2010 pág. 229.

al señalar que “la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño”.³²

En el caso del derecho de autor el objeto de protección son las obras y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de una serie de derechos de carácter exclusivo. Así entonces, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño. Esto por cuanto se le priva al titular de la facultad de ejercer el derecho que solo le corresponde a este, afectándole así sus intereses legítimos sobre la obra, como lo sería, por ejemplo, recibir una remuneración proporcional por la explotación o utilización de esta.

Así pues, al haber infringido la sociedad OMNICON S.A., los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición del señor Peter John Liévano Amézquita como titular de derechos exclusivos, se le causó al mismo un daño de carácter material, ya que no solamente se le impidió ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de su obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”, sino que se vio menoscabado su interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización o explotación de la misma. Perjuicio que se concretó en el lucro cesante por aquellos ingresos que debieron ingresar a su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos. Lo anterior teniendo en cuenta que se demostró mediante los contratos y acuerdos aportados que el demandante ha recibido un lucro por el uso de su obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”.³³

Por otro lado, la conducta de la demandada estuvo encaminada a desconocer prerrogativas de la esfera moral del accionante, pues como se observó, al haber usado la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá” en su página web, sin reconocer el derecho de paternidad del señor Liévano de ninguna forma. Omisión que, al configurar una infracción al derecho moral, ocasionó *per se* un daño al accionante en ese aspecto subjetivo, ya que se desconoció el vínculo intrínseco existente entre el autor y su creación.

4.1.2 La culpa

En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad civil, no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (*imputatio iuris*) (*Cas. Civil. Sent. 30 de septiembre de 2016*).

De esta forma, la culpa de la responsabilidad extracontractual no es un objeto de la naturaleza ni una vivencia subjetiva que pueda ser percibida o sentida, sino que surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización (como capacidad, potencia o previsibilidad). El reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, el cual se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar del hombre medio, es decir, de aquel hombre que normalmente obra con cierta prudencia y diligencia (*Cas. Civil. Sent. 30 de septiembre de 2016*).

En el caso en juicio, el representante legal de la sociedad accionada declaró que para el uso de su página web compraron unas imágenes a través de un banco de imágenes. Sin embargo, reconoció que la foto utilizada en la sección “Historia” de la página, para anunciar la ampliación de su mercado a la ciudad de Bogotá, no estaba incluida en ese paquete. Esto denota que la demandada era consciente de la obligación legal. No obstante, a sabiendas de que podía comprar una foto de Bogotá, no lo hizo. Tal como quedó establecido en el análisis correspondiente a la infracción, la obra fue reproducida y comunicada al público en la modalidad de puesta a disposición, en la página web de la sociedad demandada, sin la autorización previa y expresa del demandante y sin mencionarlo como su autor.

³² Interpretación prejudicial Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 109-IP-2020 del 7 de octubre de 2020.

³³ Documentos denominados “Reservado folio 1 al 20”, “Reservado folio 21”, “Reservado folio 22 al 46 Exhibición de documentos” del cuaderno reservado del expediente digital.

Así entonces, no solo es posible afirmar que estamos ante un acto o conducta propia de la sociedad demandada, sino que dicha conducta tiene el carácter de culposa, en la medida en que no previó el daño habiendo podido preverlo. En efecto, la protección de la propiedad intelectual no solo se encuentra reconocida en una serie de leyes especiales, sino también en la Constitución Política. Atendiendo a este marco jurídico, resulta evidente que una sociedad u organización que gestione sus negocios y asuntos de una manera diligente y prudente está en la posibilidad de prever el daño que se causa a los intereses legítimos de terceros. Tal como lo demuestra la acción de la sociedad demandada al comprar unas fotos, buscando prever futuras reclamaciones, pero omitió hacer lo propio con la obra del demandante. Por lo que, las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa están llamadas al fracaso.

Así pues, el actuar de la demandada frente al demandante al utilizar su obra, en el ejercicio de sus funciones, actividades o servicios, sin hacer las averiguaciones y tomar las medidas pertinentes para obtener la correspondiente autorización y sin mencionarlo como autor de la obra, materializan la conducta culposa. Por esta razón, ante la desatención de las obligaciones descritas, puede afirmarse que existió una omisión consciente del deber de orientar la conducta según las normas preestablecidas, con el fin de frenar actos y conductas que atenten contra el derecho ajeno.

En este punto, tal como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, es oportuno mencionar que la inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia *in re ipsa*, es decir, que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible, como es el caso que nos ocupa.

4.1.3 El nexa causal

Ahora, entre el hecho imputable a una persona física o jurídica y el daño causado, debe existir una relación de causalidad. Es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de la conducta desplegada por el agente, de tal manera que este último se configure como causa eficiente de la lesión o afectación al interés legítimo o derecho subjetivo de la víctima, por lo tanto, debe ser actual o próximo, necesario o determinante y apto o adecuado para causar determinado daño.³⁴

Al respecto, la demandada alegó culpa exclusiva de la víctima, sustentado en que la accionante publicó en internet su obra sin ningún tipo de protección o marca de agua que advirtiera que la misma se encontraba protegida por el derecho de autor.

En ese sentido, es preciso señalar que *“si la culpa de la víctima es la única causa exclusiva del daño, el fundamento del efecto exonerador total parece claro: la intervención de la víctima en su propio daño dirime todo posible nexa causal con el hecho que se imputa al demandado”*.³⁵ No obstante, en el caso en concreto no se configura este postulado y, por lo tanto, tampoco el eximente de responsabilidad referido, en tanto que recordemos que el representante legal de la accionada señaló durante su interrogatorio que en el buscador de Google encontraron imágenes similares a la fotografía objeto del litigio, sin embargo optaron por utilizar la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”. Luego la causa próxima no fue que la foto estuviera en internet, junto con otras “similares”, la causa fue que la demandada uso la obra objeto de este reclamo y lo hizo sin autorización.

Adicionalmente, como ya se indicó el señor Peter John Liévano no se encontraba obligado a incorporar marca de agua o algún método de protección en su obra para publicarla en internet, toda vez que su obra se encuentra protegida desde el momento de su creación y quien pretenda utilizarla deberá solicitar autorización previa y expresa, salvo que se encuentre en ejercicio de una limitación o excepción.

Así las cosas, luego de hacer una valoración de las circunstancias y el material probatorio correspondiente al presente caso, se concluye que los hechos atribuidos al

³⁴ Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Tomo III. Bogotá D.C.: Temis. 2010 pág. 261 y 262.

³⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aida. Responsabilidad Civil. Santa Fe – Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores. 2007

extremo pasivo de la litis, no son causas remotas sino actuales o próximas del daño causado al titular Peter John Liévano Amézquita. El menoscabo o lesión al derecho subjetivo tutelado del demandante, fue consecuencia directa de la escogencia de la foto y su posterior reproducción y comunicación al público en la modalidad de puesta a disposición, sin autorización y sin mencionar al autor de la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”, en la página web de OMNICON S.A.

En suma, el uso de la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá” por parte de la demandada en las condiciones ya estudiadas demostró ser la causa directa de los daños patrimonial y extrapatrimonial causados al demandante.

Por lo que contrario a lo que fue sustentado en las excepciones de mérito, se encontró que se cumplen todos los elementos de la responsabilidad en el presente caso y, en consecuencia, este Despacho encuentra a la sociedad OMNICON S.A. civilmente responsable por el daño causado al accionante.

4.1.4 Cuantificación del daño patrimonial

Frente la cuantificación o el monto del daño o perjuicio material a tasar, el artículo 206 del CGP establece que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo, considerándose sólo la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

En caso bajo análisis, el demandado presentó dentro del traslado respectivo una objeción razonada al juramento estimatorio que especificaba la inexactitud de la estimación, por lo tanto, este no hace prueba del monto que se pretende, razón por la cual este Despacho valorará las pruebas obrantes en el expediente para cuantificar el daño, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 de nuestro estatuto adjetivo.

Así las cosas, se observa un dictamen pericial³⁶ realizado por los expertos Ricardo Perdomo y Gustavo Espinel Martínez, cuyo objeto es “encontrar el avalúo de la fotografía en estudio”,³⁷ en el que utilizan como método el análisis bibliográfico del fotógrafo con el fin de estudiar el mercado de su obra y así encontrar el avalúo actual.³⁸

Los auxiliares de la justicia afirman que una vez es estudiado el mercado del fotógrafo Peter John Liévano Amézquita, no fue posible aplicar el método de comparación o de mercado en razón ya que “no existen registros de movimientos y comercialización de sus obras en los diferentes actores del mercado, cuáles son los actores del mercado los principales actores de mercado: casas de subasta, merchantes, galerías de arte y ferias de arte”.³⁹ Asimismo, indicaron que el método de capitalización de rentas o ingresos tampoco era aplicable al caso en concreto.⁴⁰ Por lo que concluyen que el método para realizar el avalúo de la obra es el de costo de reposición donde deben tenerse en cuenta los costos de preproducción, producción y post producción. Con base en estas conclusiones, refieren que una vez aplicado el método de costo de reposición el valor aproximado de la obra corresponde a \$890.000 pesos colombianos.⁴¹

No obstante, esta Subdirección difiere del método utilizado por los peritos dado que así como lo refieren en su dictamen pericial el mercado de arte está compuesto de bienes en los cuales su compraventa puede negociarse de manera directa entre oferentes y demandantes, sin ningún tipo de intermediario.⁴² Situación que se ajusta a la realidad procesal, toda vez que el señor Peter John Liévano Amézquita indicó en su interrogatorio

³⁶ Documento denominado “Cuaderno 2 folio 53 a 84 1-2020-139751” del Cuaderno 2 del expediente digital.

³⁷ Página 9 del documento denominado “Cuaderno 2 folio 53 a 84 1-2020-139751” del Cuaderno 2 del expediente digital.

³⁸ Ibídem

³⁹ (minuto 00:15:00 de la “Audiencia Art 373 Parte 1” dentro de la Cuaderno 2 folio 151

⁴⁰ (minuto 00:16:23 de la “Audiencia Art 373 Parte 1” dentro de la Cuaderno 2 folio 151

⁴¹ Página 14 del documento denominado “Cuaderno 2 folio 53 a 84 1-2020-139751” del Cuaderno 2 del expediente digital.

⁴² Página 11 del documento denominado “Cuaderno 2 folio 53 a 84 1-2020-139751” del Cuaderno 2 del expediente digital.

de parte, así como en la demanda, que comercializa sus fotografías con el cliente final⁴³ y no lo hace a través de la venta de stock, galería o banco de imágenes.⁴⁴ ⁴⁵ Es decir, que realiza una negociación directa con sus clientes. Esta circunstancia se evidencia en los contratos de transacción y acuerdos que aportó el demandante⁴⁶ y de los cuales, debe decirse, los auxiliares de la justicia no realizaron su estudio, ni tampoco explicaron por qué al realizar el estudio del mercado del artista no los tuvieron en cuenta, pese a haberlos conocido tal como lo expresaron en su declaración. Esto les hubiera permitido obtener un avalúo de acuerdo con el método de mercado,⁴⁷ el cual considera este Despacho es el más adecuado, toda vez que este arrojaría un resultado del valor en que realmente se comercializa la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”.

Aunado a lo anterior, en el dictamen pericial no se hizo un análisis respecto del valor aproximado en el mercado de las licencias de derechos patrimoniales por el uso de una obra fotográfica en una página de internet, sino que su estudio se encuentra limitado al valor material de la obra. Así las cosas y en tanto que no se tuvieron en cuenta los contratos y acuerdos celebrados por el accionante, que reflejan el costo de las transacciones que este realiza en el mercado con respecto de su obra y dado que no se efectuó un estudio sobre el valor de la licencia o autorización de uso de la fotografía, que corresponde realmente al monto a determinar en este proceso, considera este Despacho no tomar el dictamen pericial como una prueba idónea para la cuantificación del daño.

Ahora bien, el accionante aportó cuatro contratos de transacción, una licencia y un acta de conciliación todos relacionados con los usos autorizados de la obra “Fotografía Panorámica de Bogotá”.⁴⁸ También, aportó un contrato de cesión de derechos relacionado con una fotografía diferente a la del objeto del litigio denominada “Fotografía Carrera Séptima Ciento Dieciséis”,⁴⁹ razón por la que este último no será tenido en cuenta.

De los contratos y acuerdos aportados se puede observar que existen tres criterios que tiene en cuenta el accionante a la hora de determinar el valor de una licencia. El primero de ellos es el uso que se le va a dar a la obra, el segundo tiene que ver con el tiempo que se va a utilizar y el tercero está relacionado con los derechos patrimoniales que autoriza.

Ahora bien, llama la atención el Acta de Conciliación⁵⁰ del 5 de febrero de 2019 por el monto de \$35.000.000 millones de pesos, en donde se hace alusión a que la fotografía registrada en el libro 5, tomo 372, partida 413 del 2 de diciembre de 2013, ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor, es decir, la obra objeto de este litigio, fue reproducida y comunicada al público en la modalidad de puesta a disposición a través de una publicación en un sitio web, sin autorización del señor Peter John Liévano Amézquita.

De acuerdo con el documento descrito, se observa que tal y como sucede en el caso en juicio, la obra en discusión también fue reproducida y comunicada al público en la modalidad de puesta a disposición sin autorización del accionante, en una página de internet. En lo que concierne al monto cobrado por la licencia, atendiendo a las mismas formas de uso de la obra fotográfica, se evidencia que para el año 2019, que corresponde con el año en que el demandante encontró la obra publicada en la página

⁴³ (minuto 00:13:00 de la “Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 3”, dentro de la carpeta identificada como “Cuaderno 2 folio 148”, del Cuaderno 2)

⁴⁴ Página 6 Documento denominado “Cuaderno 1 folio 1 al 68” del Cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁵ (minuto 00:17:05 de la “Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 3”, dentro de la carpeta identificada como “Cuaderno 2 folio 148”, del Cuaderno 2)

⁴⁶ Documentos denominados “Reservado folio 1 al 20”, “Reservado folio 21”, “Reservado folio 22 al 46 Exhibición de documentos” del cuaderno reservado del expediente digital.

⁴⁷ Artículo 1 de la Resolución 620 de 2008 *Método de comparación o de mercado. Es la técnica valuatoria que busca establecer el valor comercial del bien, a partir del estudio de las ofertas o transacciones recientes, de bienes semejantes y comparables al del objeto de avalúo. Tales ofertas o transacciones deberán ser clasificadas, analizadas e interpretadas para llegar a la estimación del valor comercial.*

⁴⁸ Documentos denominados “Reservado folio 1 al 20”, “Reservado folio 21”, “Reservado folio 22 al 46 Exhibición de documentos” del cuaderno reservado del expediente digital.

⁴⁹ Página 1 a 4 del documento denominado “Reservado folio 1 al 20” del cuaderno reservado del expediente digital.

⁵⁰ Página 8 a 13 del documento denominado “Reservado folio 22 al 46 Exhibición de documentos” del cuaderno reservado del expediente digital.

web de la accionada,⁵¹ este demandó la suma de \$35.000.000 millones de pesos. Es decir, que es posible concluir que si la sociedad OMNICON S.A. hubiera solicitado una licencia al accionante, en el año 2019, cuando aún se encontraba haciendo uso de la fotografía, hubiese tenido que pagar un monto similar.

Es pertinente señalar que, pese a que fue aportado un contrato de transacción del año 2015, que tiene correspondencia con el año en que inició la infracción por parte de la accionada,⁵² en este no se especifica la obra objeto del contrato ni los derechos que fueron licenciados, por lo que no puede tenerse como un referente para determinar el valor que hubiera podido cobrar el demandante por el uso de la obra objeto de litigio durante ese año. Frente a los demás contratos y acuerdos, después de analizados no se utilizaron para cuantificar el daño patrimonial, en razón a que correspondían a años distintos al tiempo en que OMNICON S.A., utilizó la fotografía, además, los usos a los que refieren son diferentes a los que hizo la aquí demandada y las autorizaciones de derechos patrimoniales eran disímiles a los reclamados en este litigio.

En conclusión, acorde con los criterios expuestos se establecerá como indemnización por concepto de lucro cesante, el valor aproximado que hubiera cobrado el señor Peter John Liévano Amézquita, de haber autorizado los usos infractores para el año 2019, esto es la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$35.000.000 M/CTE).

Aquí es preciso señalar que pese a que en la excepción previa onceava se solicitó que fuera impuesta al accionante la sanción prevista en el inciso 4° del artículo 206 del CGP, lo cierto es que no se dio el presupuesto que la norma refiere, en tanto que la cantidad estimada no excedió en el 50% a la que resultó probada en el proceso.

De otra parte, no se debe perder de vista que el accionante solicitó que se indexen los valores de la condena desde el día en que se reprodujo y público sin autorización la obra y hasta que se efectúe el pago que se solicita. No obstante, se realizará la indexación desde febrero de 2019, fecha en la cual el demandante encontró su obra publicada en la página web, dado que el valor que se tomó como cuantificación del daño patrimonial corresponde al de dicho año y, por lo tanto, la cifra se encuentra actualizada al monto que cobraba el accionante para esa época. Asimismo, se efectuará la indexación hasta la fecha en que se dicte sentencia, dado que no es posible realizar este procedimiento después que esta se ha emitido como lo pretende el accionante.

En este sentido, la doctrina⁵³ ha señalado que la fórmula que se apoya en el índice de precios al consumidor (IPC), que es mayormente utilizada por la jurisprudencia y la más recomendada por la doctrina es, dividir el IPC al momento de la liquidación (también llamado final) entre el IPC en la fecha del monto a indexar (también llamado inicial) y este resultado multiplicarlo por el valor que se quiere actualizar. Ahora, sobre el índice de precios al consumidor, debemos señalar que este mantiene el poder adquisitivo del dinero y es un indicador económico, así que debemos atenernos a lo consagrado en el artículo 180 del CGP⁵⁴, que consagra que estos son de carácter notorio, por lo que están exentos de prueba.

Así las cosas, procede este Despacho a realizar la actualización referida de acuerdo con la serie de empalme de 2003 a 2021 emitida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, que señala que el IPC inicial es de 101,18 y el actual de 110,06. De este modo, el valor indexado a fecha del fallo es de TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL PESOS M/CTE (\$38'150.000), que deberán ser pagados al demandante dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este fallo.

4.2. Del daño extrapatrimonial

⁵¹ (minuto 00:12:14 de la "Audiencia Inicial, Rad. 1-2020-16002 Parte 3", dentro de la carpeta identificada como "Cuaderno 2 folio 148", del Cuaderno 2)

⁵² (documento denominado "Anexo No. 6", página 3, dentro de la carpeta denominada "Cuaderno 1 Folio 27", del cuaderno1)

⁵³ Velásquez Posada, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual. Universidad de la Sabana y Editorial Temis S.A. Bogotá D.C., 2009. Pag. 373 y ss.

⁵⁴ **Artículo 180 del Código General del Proceso:** "Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios."

Es necesario mencionar que el accionante en la demanda primigenia, en el acápite del juramento estimatorio, se refirió a la estimación de la suma a pagarse por concepto de daño extrapatrimonial. Sin embargo, mediante Auto 1 del 28 de febrero de 2020⁵⁵ se señaló que de acuerdo con el inciso 6° del artículo 206 del CGP, el juramento estimatorio no aplica a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales, por lo que se solicitó aclarar esta circunstancia, más aún, cuando dentro de las pretensiones no se planteó ninguna petición en ese sentido. Al subsanar la demanda la parte activa de la litis refirió que “*Se suprime del acápite JURAMENTO ESTIMATORIO, el subtítulo correspondiente a daños extrapatrimoniales*”.

De acuerdo con lo anterior y en vista de que el demandante no incluyó dentro de las pretensiones el reconocimiento del daño extrapatrimonial, este Despacho no reconocerá al accionante suma alguna como indemnización por este concepto, pues si bien tal como lo refiere la Corte Suprema de Justicia, el juez puede fijar a su arbitrio el monto correspondiente a la indemnización del daño moral, esta facultad no lo desliga del principio de congruencia al que se encuentra atado en virtud de la Ley.

5 De las costas

Respecto de las costas, el numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en estas a la parte vencida en el proceso, las cuales están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. También se establece en el artículo 361 del CGP, que las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

Así las cosas, este Despacho condenará en costas a la sociedad OMNICON S.A., cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, inmediatamente quede ejecutoriada la presente providencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo señalado en el Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta criterios como la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, se procederá a fijarlas en un monto equivalente al cinco por ciento (5%) de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es \$1.907.500 (UN MILLÓN NOVECIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE).

En mérito de lo expuesto, la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la sociedad OMNICON S.A., identificada con NIT 800.153.961-1, infringió durante el periodo comprendido entre mayo de 2015 y febrero de 2019, los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición del señor PETER JOHN LIÉVANO AMÉZQUITA, identificado con cédula de ciudadanía 79.579.585, al usar en su página web www.omnicon.cc en la sección “Historia”, la obra titulada FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ, sin la correspondiente autorización.

SEGUNDO: Declarar que la sociedad OMNICON S.A., no infringió el derecho patrimonial de transformación del señor PETER JOHN LIÉVANO AMÉZQUITA, sobre la obra fotográfica titulada FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ.

TERCERO: Declarar que la sociedad OMNICON S.A., infringió durante el periodo comprendido entre mayo de 2015 y febrero de 2019, el derecho moral de paternidad del señor PETER JOHN LIÉVANO AMÉZQUITA, al no mencionarlo como autor de la obra fotográfica titulada FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ, en la publicación hecha en su página web www.omnicon.cc. en la sección “Historia”.

⁵⁵ Página 34 a 36 del documento denominado “Cuaderno 1 folio 1 al 68” del Cuaderno 1 del expediente digital.

CUARTO: Negar las excepciones de mérito propuestas por el demandado.

QUINTO: Condenar a la sociedad OMNICON S.A. a pagar a favor del PETER JOHN LIÉVANO AMÉZQUITA, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de \$38.150.000 (TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL PESOS M/CTE) por concepto de perjuicio material derivado de la infracción a los derechos patrimoniales de autor del demandante de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la decisión.

SEXTO: Ordenar a la sociedad OMNICON S.A. cesar el uso de la obra del demandante y abstenerse de infringir en un futuro los derechos de autor del señor PETER JOHN LIÉVANO AMÉZQUITA.

SÉPTIMO: Condenar en costas a la sociedad OMNICON S.A.

OCTAVO: Fijar agencias en derecho a favor del demandante, ya identificado, por el 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, \$1.907.500 (UN MILLÓN NOVECIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NATHALIE GRANADOS BERMEO
Profesional Especializado 2028 - Grado 15